



La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

La teoría de la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano sobre responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado.¹

Deivy del Cristo Díaz Polo²

Universidad Católica De Colombia

Resumen

El escrito presentado realiza un análisis sobre la teoría de la pérdida de oportunidad y su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano realizado a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado. En su contenido se logra identificar los fundamentos de la responsabilidad del Estado en el país y la inclusión de teorías especiales desarrolladas con el fin de permitir la indemnización de un perjuicio cuando se presenta una concurrencia de causas que generan el daño antijurídico y es necesario determinar la incidencia de cada causa en el resultado final para determinar el porcentaje de indemnización del perjuicio. Lo anterior se presenta debido a la necesidad de desarrollar escenarios específicos de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, en los cuales no puede imputarse la ocurrencia del daño de manera absoluta al estado especialmente en la realización de actividad medico sanitaria. Finalmente, de acuerdo con el análisis realizado y el criterio del autor se exponen unas conclusiones que determinan la compensación proporcional como el método idóneo aplicable en los casos de pérdida de oportunidad que se evalúen el ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras clave: Responsabilidad del Estado, Daño Antijurídico, Probabilidad, Perjuicio Autónomo, Perjuicio Proporcional, Nexo Causal

Abstract

The paper presented makes an analysis on the theory of the loss of opportunity and its application in the Colombian legal system made through the jurisprudence of the Council of State. In its content it is possible to identify the antecedents of the responsibility of the State in the country and the inclusion of the special policies developed in order to allow the

¹Artículo de reflexión presentado como requisito para optar al título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría del Doctor Jairo Cabrera, docente de la facultad de Derecho, 2018.

² Estudiante de Derecho con materias culminadas, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificado con código estudiantil No. 2107595. Correo electrónico: dc Diaz95@ucatolica.edu.co

compensation of a loss when there is a concurrence of causes that generate the unlawful damage and it is necessary to determine the incidence of each cause in the final result to determine the compensation percentage of the damage. The foregoing is presented as the need for specific development of the non-contractual patrimonial responsibility of the State, in which the occurrence of absolute harm to the state in the performance of the medical activity cannot be imputed. Finally, the criterion of the evaluation will be applied as the ideal method applicable to cases of loss of opportunity that are evaluated in the Colombian legal system.

Key Words: State Liability, Unlawful Damage, Probability, Autonomous Damage, Proportional Damage, Causal Nexus

Sumario

Introducción. 1. Teoría del Daño antijurídico. 1.1. Desarrollo Constitucional. 1.2 Desarrollo jurisprudencial 2. Teoría de la pérdida de oportunidad 2.1.2.1 El nexos causal en la teoría de la pérdida de oportunidad 3. Aplicación en Colombia de la teoría de la pérdida de oportunidad 3.1 Jurisprudencia de la pérdida de oportunidad del Consejo de Estado en los últimos 5 años. Conclusiones. Referencias Bibliográficas.

Introducción

La responsabilidad patrimonial extracontractual del estado en Colombia ha tenido un desarrollo en su mayoría desde la jurisprudencia del tribunal de cierre en materia contencioso-administrativa es decir el Consejo de Estado, dicha jurisprudencia se enmarca en lo descrito en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, respecto de la responsabilidad del estado por los daños antijurídicos sufridos por los ciudadanos (Munar, 2017).

Así como se han desarrollado de manera amplia y suficiente los títulos de imputación, la evolución en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado en el mundo ha permitido integrar nuevas teorías dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Como lo indican Yong & Rodríguez, (2011) una de esas teorías es la del daño por pérdida de oportunidad que se desarrolla inicialmente en Francia y busca determinar la incidencia de entidades estatales en daños que se configuran por la pérdida de oportunidad o probabilidad de recuperación o mejora y que se ha desarrollado en los últimos años por el Consejo de Estado en Colombia.

Asimismo, se han adoptado teorías que permiten desarrollar escenarios específicos de responsabilidad del estado, en los cuales no puede imputarse la ocurrencia del daño de manera absoluta al estado. La doctrina de la pérdida de oportunidad es un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial cuya consolidación en el derecho de daños y, en particular, en la responsabilidad civil médico-sanitaria⁶ es, en buena medida, mérito del Profesor Joseph H. King, quien en un trabajo pionero apuntó la necesidad de estudiar la causalidad en conexión con el proceso de identificación y determinación del valor del interés destruido (Yerga, 2005).

Resulta relevante determinar los conceptos sobre los cuales ha desarrollado el Consejo de Estado en Colombia sobre el daño por la pérdida de oportunidad para dejar claridad de la aplicación de este en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado. Por lo que se ha planteado responder la siguiente pregunta de investigación ¿Cuál ha sido la evolución de la teoría del daño por pérdida de oportunidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano en los últimos 5 años? Teniendo como objetivo principal identificar el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de aplicación de la teoría del daño por pérdida de oportunidad en los últimos 5 años en Colombia.

El análisis realizado en el presente artículo de investigación se hizo a partir de una metodología hermenéutica doctrinal y jurisprudencial de la materia tanto en el campo nacional como internacional.

1. Teoría del Daño antijurídico

La responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado es un concepto que ha sido desarrollado a través de múltiples teorías que han evolucionado con el transcurso del tiempo. La doctrina relativa a la responsabilidad estatal se ha construido a través de tres etapas que son en primer lugar la que va hasta la segunda mitad del siglo XIX, en la cual se pregona la irresponsabilidad total del gobernante.

En segundo lugar con el denominado Fallo Blanco proferido en 1873 por el Tribunal de Conflictos francés donde se empieza a considerar responsable al Estado por sus actos, esto basado en la teoría de la escuela francesa del servicio público y por último la etapa en la cual se considera que el Estado debe responder por los daños causados a los ciudadanos de acuerdo a los regímenes de responsabilidad desarrollados en la legislación y la jurisprudencia (Jiménez & Soler 2012).

De manera que como se concibe actualmente la Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado puede indicarse que esta se origina en un perjuicio antijurídico causado a una persona natural o jurídica que esta no se encuentra en el deber de soportar. No existe constitucional ni lealmente en el país una definición concreta del daño antijurídico por lo que se considera un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance se ha desarrollado en su mayoría a través de la jurisprudencia.

Respecto del daño antijurídico la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares (Corte Constitucional, Sentencia C333, 1996).

Ahora bien, a continuación, se explicará desde los preceptos constitucionales y jurisprudenciales el alcance de la teoría del daño antijurídico adoptada por Colombia para definir los criterios bajo los cuales el Estado debe responder por los daños o perjuicios ocasionados a los asociados en virtud de sus hechos u omisiones.

Esta teoría puede ser revisada desde una óptica subjetiva que determina la antijuricidad del daño a partir de la antijuricidad de la conducta desplegada que causo el daño, por lo tanto un daño solo puede considerarse antijurídico cuando la causa del daño que la produjo es en sí misma antijurídica.

Por otro lado se encuentra la noción objetiva, que es aquella donde se tiene la concepción que la antijuricidad del daño no depende o no se estructura a partir de la conducta culposa del autor del daño, por lo tanto la antijuricidad del daño no la determina la conducta culposa del autor, ya que esto se considera irrelevante, este se basa en la obligación jurídica de soportar el daño (Gil Botero, 2017).

1.1 Desarrollo Constitucional:

En el artículo 90 de la Constitución de 1991 se encuentra el sustento normativo y conceptual de la Responsabilidad del Estado en materia contractual y extracontractual. Dicho artículo describe de manera explícita que la fuente de la Responsabilidad patrimonial del Estado es la existencia del daño antijurídico (Munar, 2017).

Como lo afirman Guarín & Rojas (2017) el derecho colombiano adopto por primera vez una disposición jurídica de rango constitucional para consagrar de manera explícita e inequívoca, la justificación de la obligación jurídica de reparar e indemnizar daños que sufran los asociados en virtud de sus acciones u omisiones.

Frente al daño antijurídico Irisarri se ha indicado lo siguiente:

Se concluye entonces, que se está en presencia de un daño antijurídico, cuando la producción de ese daño no se encuentra justificada por título jurídico válido alguno, es decir, que la administración no está legitimada para causar dicho daño, y por ende el administrado no está en la obligación de soportarlo (Irisarri, 2000, p.76).

Así entonces el daño antijurídico tiene una noción subjetiva y otra objetiva. Como lo expresa González (2009) el criterio subjetivo parte de la concepción de la calificación de la Antijuricidad de la causa del daño, es decir, que un daño solo podrá ser antijurídico cuando la causa que lo produjo era antijurídica. Si no es antijurídica, la conclusión es que no es antijurídico. De manera que se debe establecer si el autor procedió o no con culpa o si faltó a un deber jurídico (*in vigilando, in eligendo*).

Por otro lado, se encuentra la noción objetiva del daño antijurídico donde la existencia del daño no se construye a partir de la Antijuricidad de la conducta del autor del daño, solo es necesario llegar a la conclusión de que la víctima no tenía la obligación jurídica de soportar dicho daño. En esa medida no será relevante observar la actuación culposa de quien produjo el daño, ya que no es indispensable que esta sea de carácter culposos.

Ahora bien, a continuación, se realizará un análisis del desarrollo jurisprudencial que se ha presentado frente a la responsabilidad del Estado en Colombia.

1.2 Desarrollo Jurisprudencial:

Si se revisa la labor jurisprudencial de la jurisdicción ordinaria y de la contenciosa a partir de 1886, se encontrará una constante y es que por regla general el juez (civil o contencioso) de la base de que el estado tiene la obligación jurídica de reparar los daños que puedan sufrir los asociados. Esto apoyado en el Principio de responsabilidad patrimonial del Estado.

La jurisprudencia de la CSJ desde 1886 presenta la constante de que siempre reconoció el principio de la responsabilidad patrimonial estatal. Únicamente hay una sentencia del 17 de agosto de 1898 en donde se predicó la tesis negativa de la responsabilidad, salvo esa sentencia no hay ninguna otra sentencia que niegue la responsabilidad del Estado.

Debe hacerse énfasis en que entre 1886 y 1913 el conocimiento y juzgamiento de este tipo los asuntos de responsabilidad del estado por determinación legal y organización judicial, fue un asunto de competencia única de la jurisdicción ordinaria y a cargo de los jueces civiles teniendo a la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre ya que no había ninguna otra jurisdicción (Nader, 2016).

Como lo indica Gil Botero (2017) a partir de 1913 se organizó la contenciosa y empieza a funcionar desde 1914 en cabeza del Consejo de Estado el conocimiento y juzgamiento de los asuntos referentes a la Responsabilidad del Estado pasó a ser compartido entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con la característica de que la cláusula general de competencia para el juzgamiento de esos asuntos se asignó a la Jurisdicción Ordinaria. Lo anterior en términos prácticos quiere decir que, desde el punto de vista cuantitativo, la inmensa mayoría se asignaron al juez civil.

De modo casuístico se indicó los asuntos que conocería la jurisdicción Contencioso-administrativa como lo fue lo definido en la Ley 130 de 1913 (antecedente del Código Contenciosos Administrativo), Ley 8 de 1918 (casos de responsabilidad extracontractual por daños de ocupación temporal o permanente de bienes inmuebles) y en el Primer código contencioso administrativo es decir la Ley 67 de 1941.

En 1947 se expide una importante sentencia que marca un hito en materia de responsabilidad del Estado en Colombia, dicha sentencia es conocida como la sentencia del Periódico el Siglo donde se aparta de las normas en materia de responsabilidad del Código Civil, indicando lo siguiente:

No quiere (La Nación) que nadie sufra perjuicios, pero si las circunstancias de un momento dado determinan fatalmente a obrar, así sea con aplicación del principio según el cual el interés general prevalece sobre el interés individual, viéndose el Estado en la necesidad de realizar actuaciones capaces de lesionar a alguien, aunque involuntariamente, establece la forma de dejarlo completamente indemne. Y tal es lo que sucede con el Código Contencioso Administrativo en vigor (Consejo de Estado, 1947)

Hasta antes de esta sentencia, tanto la jurisdicción ordinaria como la jurisdicción contencioso-administrativa, la responsabilidad patrimonial contractual y extracontractual se fundamentaba desde el punto de vista normativo, específicamente en las normas del derecho civil. Así entonces cada vez que se iba a juzgar un caso donde se reclamaba responsabilidad patrimonial, y el juez preguntaba por la base normativa, se pensaba en la norma civil (Flórez, 2016),

Con lo anterior se consagra la existencia de responsabilidad del estado por los hechos y las operaciones administrativas, jurisprudencialmente, en forma que no podrá encontrar fundamentos en el código civil, sino que ellos surgen, para el Consejo de Estado de la

interpretación de lo dispuesto en el Código Contencioso administrativo (Hernández & Franco, 2007).

Como afirma Ruiz (2016) posteriormente se implementó una reasignación de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción Contencioso Administrativa mediante el Decreto Ley 528 de 1964. En consecuencia, se da un giro de 180° ya que se cambiaron radicalmente los márgenes de competencia entre estas jurisdicciones para conocer y juzgar los temas de responsabilidad patrimonial del Estado tanto contractual como extracontractual. Dicho criterio fue reiterado posteriormente en el Decreto 01 de 1984.

Posteriormente como lo indica Arias (2015) el Consejo de Estado por vía jurisprudencial, inicia una labor de apartamiento de las normas del derecho civil, para pasar a sustentar jurídicamente el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado normas de derecho público, señalando como núcleo una específica norma de rango constitucional que en ese momento fue el artículo 16 Constitución Política de 1886 y otros, complementados también con normas de rango legal.

Por último, se tiene el desarrollo expresado en la Constitución Política de 1991 donde se plasmó de manera taxativa el daño antijurídico como presupuesto para la responsabilidad patrimonial contractual y extracontractual del Estado.

A partir de lo anterior, se han desarrollado los títulos de imputación que se sustentan desde la teoría de la responsabilidad subjetiva que se fundamenta en la falla en el servicio que hace referencia a aquellas actuaciones anormales de la administración que terminan causando un daño antijurídico, siempre dentro de este título de imputación es un elemento indispensable la culpa del funcionario o agente de la administración.

Así mismo, desde la responsabilidad objetiva se han identificado como títulos de imputación el daño especial, el riesgo excepcional, o la ocupación por obras públicas en las cuales si bien la actuación de la administración resulta legal y conforme al ordenamiento jurídico, resulta imponiendo una carga al individuo que este no se encuentra en el deber de soportar, de acuerdo a la noción de equilibrio de las cargas públicas.

2. Teoría de la pérdida de oportunidad

Como lo indican Asensi & Luna (2014) la teoría de la pérdida de oportunidad tiene su origen en Francia e Inglaterra y a finales del siglo XIX y principios del siglo XX se ha introducido en otros ordenamientos jurídicos como Estados Unidos, Canadá e Italia y Colombia que basados en lo expuesto por la doctrina francesa doctrina francesa de la *“perte d’une chance”*.

La pérdida de oportunidad hace referencia concretamente a la determinación de las probabilidades restadas a la persona natural o jurídica, por el desarrollo de una actividad del Estado o por incurrir en una omisión.

Esta teoría surge ante la necesidad de fundamentar la indemnización de privación de expectativas legítimas por parte de la víctima. Tapia (2003) hace referencia que en los casos de aplicación de esta teoría existe una hipótesis respecto de una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien aleatorio que estaba en juego y el agente estatal, al cometer una acción u omisión, destruyó ese potencial de oportunidades.

Si bien dicha teoría es aplicable en varios aspectos, en materia médica reviste especial importancia teniendo en cuenta que se habla de la pérdida de oportunidades de sanar o de sobrevivir, que justifica la condena al agente estatal que con su falta hizo perder a la víctima oportunidades de recuperación.

2.1 Escenarios internacionales de aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad:

La teoría de la pérdida de oportunidad actualmente se ha acogido en varios países para fallar casos de responsabilidad civil o responsabilidad extracontractual del Estado, para el análisis de su aplicación resulta relevante observar cómo se aborda el tema por los tribunales judiciales en otros países (Woolcott, Vivas & Garzón, 2017).

En España, por ejemplo, se ha reconocido la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad haciendo énfasis en que esta tiene su fundamento en que la identificación del daño basado en el cálculo de posibilidades de haber actuado en un determinado sentido, acomodándose la indemnización a tales circunstancias, por lo tanto, se tiene que la

privación de la expectativa es un resultado dañoso indemnizable (Tribunal Supremo, Sala 1ª, RJ 1998/8371, 1998).

Ahora bien, como lo indica Berrocal (2011) en España aceptada la perspectiva de la pérdida de oportunidad, se ha buscado trazar una unificación respecto a la indemnización del daño. Para ello, se ha propuesto de tener en cuenta dos extremos el límite inferior y superior de probabilidad relevante, para lo cual se ha indicado que se debe fijando un umbral superior en torno al 80% de probabilidad considerada como certeza de que se hubiera actuado en otro sentido, y uno inferior en torno al 15% en el que se estaría ante una oportunidad irrelevante por genérica o inespecífica.

Por su parte, la teoría de la pérdida de oportunidad en Francia es un concepto desarrollado en la jurisprudencia ampliamente, como lo indica la organización AREDOC (2012) que hace énfasis en la utilización de este criterio para compensar una fracción del daño sufrido por la víctima, o cuando la incertidumbre permanece en cuanto a la realización o no del daño si la atención, el acto médico o la supervisión hubiese sido perfectamente acertado y oportuno. Adicional a lo anterior se ha propuesto la modificación del código civil para reconocer que la pérdida de una oportunidad constituye una pérdida reparable distinta de la ventaja que esta oportunidad tendría si se hubiera hecho realidad.

Por su parte en Reino Unido este ha sometido el tema a un arduo debate Sentencia dio lugar a un arduo debate que arrojó como conclusión en la Cámara de los Lores es que una pérdida de oportunidad inferior al cincuenta por ciento de probabilidad estadística no es susceptible de generar responsabilidad por ausencia del nexo causal (Asensi & Luna, 2014).

De acuerdo a los presupuestos de la Responsabilidad extracontractual del Estado y la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad que fueron esbozados anteriormente, se observara con detenimiento a continuación el tratamiento que se da al nexo causal, para poder realizar la imputación del daño bajo el criterio de pérdida de oportunidad.

2.1 El nexo causal en la teoría de la pérdida de oportunidad:

Para empezar, es necesario abordar el concepto de nexo causal en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado. En primer lugar, es preciso indicar que este es un elemento indispensable para atribuir la responsabilidad de un hecho dañoso

al Estado. Así entonces, Patiño (2008) afirma que el nexo causal es la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado.

La importancia del nexo causal es los procesos de responsabilidad extracontractual está ligada con la determinación del daño y el perjuicio que se debe reparar, es decir que un adecuado manejo de la causalidad establece el límite de la responsabilidad y, por tanto, tiene incidencia directa en la cuantificación del valor indemnizatorio que se reconocerá por los perjuicios causados (Herrera, 2016).

Debido a lo anterior es claro que el hecho dañoso que causa un resultado del que se deriva un perjuicio a una persona natural o jurídica tiene una causa y en estos casos la relación de causalidad significa la producción de un daño antijurídico por un hecho o conducta desplegada o una omisión.

Para la determinación de dicha causa que produce el resultado y por lo tanto el daño, se han esbozado varias teorías que tienen como finalidad determinar de manera eficiente la verdadera causa en la producción de un daño, a continuación, se abordaran dichas teorías de manera breve, para identificar posteriormente como se es procedente abordar la casualidad en el caso de la pérdida de oportunidad.

2.1.1 Teoría de equivalencia de condiciones o *condictio sine quanon*:

Esta teoría fue la primera que se elaboró en materia de determinación de la causalidad del daño antijurídico, sin embargo, a la fecha se encuentra revaluada por considerar que no logra precisión en la determinación de la causa concreta. La concepción de esta teoría predica que todos los hechos, fenómenos o sucesos que antecieron a la producción del daño se deben tener por causa (Ángel, 2015).

Sobre la inaplicación de esta teoría el Consejo de Estado (2011) expreso lo siguiente:

Para la Sala es importante resaltar que no todas las acciones que anteceden a la producción del daño son causas directas del mismo, como se plantea en la teoría de, la equivalencia de las condiciones, es un sinsentido otorgarle igual importancia a cada hecho previo a la producción del daño, lo relevante es identificar cuál acción fue la causa determinante, principal y eficiente del hecho dañoso, de lo contrario, se llegaría al absurdo de que la consecuencia o daño, sería la sumatoria de todos los antecedentes, haciendo un retorno al infinito (Consejo de Estado Sección tercera, Sentencia Exp.18.965, 2011)

Como se puede evidenciar esta teoría se cuestiona porque conduce a una relación sucesiva indeterminada de hechos como antecedente del daño, lo que no resulta práctico ya que el resultado es una cadena infinita de causas.

2.1.2 Teoría de la causa más próxima:

Esta teoría en la actualidad se aplica en algunos escenarios, y como lo expresa Herrera (2016) hace referencia a que no todos los hechos que anteceden a la producción del daño pueden ser tenidos válidamente como causa de ese daño. Por lo cual dichos hechos no pueden tener un valor jurídico equivalente, sino únicamente el hecho o situación fáctica más próxima en el tiempo.

Sin embargo, esta teoría puede resultar útil en algunos casos y en otros deficientes. Como lo asegura Mosset (2004) no siempre es la causa del daño el evento más próximo a la ocurrencia de este, ya que pueden concurrir hechos complejos o simultáneos que requieran un análisis desde otra perspectiva.

2.1.3 Teoría de la causa eficiente:

Considera que desde el punto de vista causal no todos los acontecimientos fácticos que preceden al daño se tienen como causa de este, asimismo tampoco es razonable considerar el último hecho como la causa efectiva del daño. Se debe entonces determinar en cada caso concreto cuál de todos esos hechos o situaciones, en condiciones normales, resulta ser eficiente, determinante o adecuado para producir el daño (Rojas & Mojica, 2014).

Es decir, se debe hacer un análisis que permita identificar desde el punto de vista de la lógica el hecho que resulta eficiente para producir el daño. Por lo tanto, se hará un análisis más riguroso que permita determinar la causa que produjo el resultado.

2.1.3 Teoría de la imputación objetiva:

Esta teoría encuentra su fundamento partiendo del hecho fáctico y el autor del daño, realizando una construcción de juicios de autoría. Como lo indica Aramburo (2008) esta teoría rompe el esquema de causalidad y se centra en criterios concretos sobre quien produjo el daño como la posición de garante o la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Esta teoría ha tomado relevancia en los últimos años y su aplicación se ha venido integrando en varios países que contemplan en ella una solución para las complicaciones que puede presentar las teorías de causalidad.

Hecho el análisis de lo anterior, se evidencia que para abordar el elemento del nexo causal en los casos de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por pérdida de oportunidad debe tenerse en cuenta que existe con causalidad o concurrencia de causas que hace necesario determinar la probabilidad que se establezca como pérdida de oportunidad, o dicho de otra forma la incidencia en el resultado de la conducta del agente del Estado.

Sin embargo, cuando se aborda el perjuicio derivado de la pérdida de oportunidad como autónomo, se hace referencia a la imposibilidad de establecer un nexo causal entre la conducta y el resultado, sin embargo, esto resulta lógico cuando la probabilidad que se restó de recuperación es mínima, no obstante, en los casos que esta es mayor a un 50% no podría negarse la existencia de un nexo causal.

Ahora bien, descrito lo anterior se prosigue a describir los casos que se ha presentado en Colombia donde se ha aplicado la teoría de la pérdida de oportunidad.

3. Aplicación en Colombia de la teoría de la pérdida de oportunidad

Como se mencionó anteriormente la teoría de la pérdida de oportunidad en Colombia se utiliza desde el año 1994, sin embargo, la sentencia que mejor hace referencia a la esencia de la teoría francesa de la pérdida de oportunidad se profirió en 1999 por el Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque. Posteriormente se ha aplicado en diversas ocasiones donde se ha observado que se un comportamiento del Estado ha anulado la posibilidad de un beneficio probable futuro, situación que genera un daño a pesar de la dificultad en su determinación (Gómez, 2011).

En Colombia se habla se explica la imputación de un daño desde la teoría de la Pérdida de Oportunidad en sentencia de la Sección Tercera, donde actuaba como Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque que en el estudio del Expediente 10.755 donde se estudia la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales debido a una falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente que no permitió

que se realizara un tratamiento adecuado lo que incidió en el deceso el paciente. En dicha sentencia se expresó que:

Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir(Consejo de Estado, Sentencia Exp. Exp. 10.755 de 1999).

Ahora bien, el punto de divergencia que se ha observado en la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la teoría de la pérdida de oportunidad está asociado a la concepción de dicha perdida como un daño autónomo.

Como lo indica Gil Botero (2017) lo que difiere de la teoría expuesta por el Consejo de Estado francés que aborda esta teoría en los casos que se presenta un problema en la causalidad del daño, o una concurrencia de causas.

Respecto de lo anterior y para expresar de manera más clara lo que se ha expuesto por el Consejo de Estado en aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, se trae a colación una sentencia en la cual se condena al Hospital de Buenaventura, por no tener bolsas de sangre para realizar una transfusión a una paciente que padeció una hemorragia intrauterina. En esta providencia, en el salvamento de voto del Magistrado Enrique Gil Botero se hizo referencia expresa a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, de la siguiente manera:

En el caso concreto, se ha debido aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad para, precisamente, indemnizar el porcentaje concreto de posibilidades de recuperación que le fue cercenada a la paciente, por la ausencia de las bolsas de sangre. En consecuencia, considero respetuosamente que la Sección debe redefinir el contenido y alcance que hasta el momento se le ha dado a la *pérdida de oportunidad*, entendida esta última como el instrumento más útil para la fijación de estándares de indemnización cuando existen aminoramientos en el trayecto causal a efectos de imputar un determinado daño antijurídico (Consejo de Estado, Sentencia Exp. 17001 de 2008).

En el análisis del caso se precisa posteriormente que, aunque se hubiera realizado la transfusión de sangre la probabilidad de vida de la paciente era mínima, por lo que se aduce que la falla en el servicio médico asistencial le resto algún grado de oportunidad a su recuperación, sin embargo, el Consejo de Estado condeno al 100% de las pretensiones al

accionado, por considerar que la pérdida de oportunidad debe considerarse como un perjuicio autónomo.

Respecto de lo anterior surge el cuestionamiento sobre el reconocimiento del 100% de las pretensiones a pesar que se tiene incertidumbre sobre la causa eficiente del daño producido, y solo se probó que se restó oportunidad de recuperación a la paciente, al respecto Tobón (2016) señala que al considerar la pérdida de oportunidad como un daño autónomo el juez debe sujetarse al principio de congruencia que orienta las decisiones judiciales, así entonces debe ceñirse estrictamente a las pretensiones de la demanda, lo que termina siendo una indemnización por un daño o perjuicio que no es cierto.

Y es que frente a lo anterior es claro como la afirma Yong & Rodríguez (2015) que en los casos de perdida de oportunidad no se tiene la certidumbre de que la actuación u omisión del victimario haya dado lugar a que el afectado hubiese obtenido la ventaja o evitado la pérdida, sin embargo, en el caso de que se considere que el comportamiento incidió de algún modo en la causa de un daño, deberá indemnizarse teniendo en cuenta el grado de probabilidad causal que haya alcanzado su actuación respecto al resultado final.

Migrar la teoría de la pérdida de la oportunidad del daño autónomo a un criterio que permite solucionar problemas de imputación o causalidad, resultaría más eficiente teniendo en cuenta que se indemnizaría en la proporción de incidencia del daño y no se estaría reconociendo el 100% del valor de las pretensiones a pesar de que se tiene certeza de que la acción u omisión desplegada por el Estado no fue la causa del daño.

Lo anterior ha sido entendido por el Consejo de Estado Francés que asegura que el comportamiento del agente estatal implique un daño para el paciente por pérdida de oportunidad se deberá entrar a revisar el porcentaje de incidencia de este y se procederá a la reparación del daño en la fracción del daño que fue determinada en el proceso debido a la magnitud de la oportunidad pérdida, lo que hace referencia a una compensación proporcional.

3.1 Jurisprudencia de la pérdida de oportunidad del Consejo de Estado en los últimos 5 años:

El desarrollo que se ha expuesto en los últimos años sobre la teoría de la pérdida de oportunidad ha expresado que el mismo se debe considerar como un daño autónomo y la jurisprudencia a lo largo de los últimos cinco años ha reiterado este criterio, aduciendo lo expresado por la corporación desde el año 2011:

La Sala considera que la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño, sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente (Consejo de Estado, Exp. 18.714, 2011).

Describir el perjuicio derivado de la pérdida de oportunidad como un perjuicio autónomo, lo anterior debido a que no es posible establecer un nexo causal entre la actuación de la autoridad estatal y la afectación concreta que sufre el demandante, a través de las pruebas arrojadas al proceso.

Sobre el tema nuevamente en el 2015 vuelve el Consejo de Estado a reiterar la teoría del daño autónomo causado por la pérdida de oportunidad, dejando de lado las posiciones esbozadas en años anteriores donde se ubicaba la pérdida de oportunidad como un asunto de causalidad.

En la doctrina y la jurisprudencia se ha concebido la pérdida de oportunidad, bien como una modalidad autónoma de daño, o bien como una técnica de facilitación probatoria en los casos de incertidumbre causal, en los cuales resulte para la víctima una carga excesiva la demostración del nexo entre el daño que padece y la actuación de la entidad a la que se lo imputa y solo logre demostrar que dicha relación es probable, pero no cierta o segura. Frente a esa discusión teórica, la Sala se ha inclinado por la primera y ha adoptado el criterio conforme al cual la pérdida de oportunidad no es una herramienta para facilitar la prueba del nexo causal sino un daño autónomo, con identidad propia e independiente (Consejo de Estado, Exp. 34921, 2015).

Ahora bien, si bien esta postura es mayoritaria aún se sigue cuestionando si la mejor forma de aplicar la pérdida de oportunidad es abordarla como un perjuicio autónomo y dejar de lado el criterio de la causalidad, ya que al año 2017 se sigue haciendo referencia en algunos casos a las dos teorías, como es el caso de la sentencia que se cita a continuación:

Existen dos variantes jurisprudenciales que han sido adoptadas por la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado y replicadas por la doctrina: la primera, con fundamento en la causalidad probabilística, afirma que la responsabilidad es proporcional en función de la probabilidad de la causa, esto es, que se imputa al actor una fracción o porcentaje del perjuicio final, en virtud de la posibilidad de que con su conducta haya incidido en la producción del daño –teoría relacionada con la imputación; la segunda, considera que la pérdida de oportunidad representa un fundamento de daño, cuya reparación se efectúa no en función de la probabilidad de existencia del vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño final, sino en función de la frustración de la expectativa legítima –teoría relacionada con el daño (Consejo de Estado, Exp. 25.706, 2017)

Puede concluirse entonces que la jurisprudencia colombiana del Consejo de Estado ha abordado la teoría de la pérdida de oportunidad desde dos ópticas jurídicas diferentes hasta la fecha, una que la ubica como un problema de imputación que debe ser definido desde la causalidad que determina la relación causa efecto del hecho y el daño, y otra que explica que las probabilidades restadas deben considerarse como un perjuicio autónomo. Por lo que respecto del tema no hay una posición pacífica y unificada a la fecha.

Conclusiones

El análisis realizado dentro del presente artículo de investigación ha permitido llegar a las siguientes conclusiones respecto de la aplicación en Colombia de la teoría de la pérdida de oportunidad por parte del Consejo de Estado:

En primer lugar, es claro que la teoría de la pérdida de oportunidad representa un instrumento idóneo en los casos de concurrencia de causas, para determinar el porcentaje de contribución de un comportamiento o una omisión en la producción de un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia (Yerga, 2005).

En segundo lugar, se observa que la pérdida de oportunidad se configura en su mayoría en casos de responsabilidad patrimonial extracontractual por desarrollo de la actividad médico sanitaria, lo que hace mucho más compleja la aplicación de la misma teniendo en cuenta que se involucran derechos fundamentales de la víctima, por lo que resulta determinante conocer la incidencia del comportamiento que desplegó el agente estatal a fin de concretar cuál es el porcentaje de incidencia en el daño sufrido por el paciente, y asimismo que se proceda a cuantificar la indemnización a la que hay lugar por el mismo.

Lo anterior ya que hasta la fecha al considerarse la pérdida de oportunidad como un perjuicio autónomo a pesar de que no se tiene identificado el elemento del nexo causa, se procede a indemnizar los perjuicios inmateriales con el 100% del valor de las pretensiones de la demanda, lo que no resulta congruente a la luz de la imputación del daño.

En ese sentido resulta lógica la formula expuesto por Gil Botero (2017) que expresa que la figura de la pérdida de oportunidad debe tener aplicación únicamente en los casos que exista duda o incertidumbre sobre el nexo causal y el grado de probabilidad de incidencia en el resultado sea significativo de manera que el nexo causal no se vea diluido y no habría lugar a que se abriera paso la indemnización.

Ahora bien, concretamente respecto de la pregunta de investigación se debe indicar que el artículo de investigación desarrollado permite indicar que en los últimos cinco años la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano ha abordado la teoría de la pérdida de oportunidad desde la perspectiva del daño autónomo, relegando de cierta manera su abordaje desde el nexo causal.

No obstante, lo anterior, en algunas subsecciones algunos magistrados consideran que la pérdida de la oportunidad debe observarse desde la causalidad, teniendo en cuenta concretamente que esto permitirá imputar el daño antijurídico al Estado, que como se ha visto a lo largo de la jurisprudencia de esta misma corporación debe ser directo, cierto y primario.

Puede decirse entonces, que si bien esta teoría en los últimos cinco años ha tomado fuerza en los casos de reparación directa en el Consejo de Estado, aun no existe una unificación sobre la forma de abordar la pérdida de oportunidad desde el perjuicio autónomo o la causalidad, ya que si bien en varias sentencias se reitera el concepto de daño autónomo; en otras se abre la posibilidad de imputar el tema desde el nexo causal, como lo ha afirmado Gil Botero (2017).

Así mismo, en el caso de las indemnizaciones están deben calcularse basadas en el cálculo de posibilidades, indagando de manera concreta las circunstancias del caso, y resulta evaluable en cada caso. Desde el criterio de la causalidad los perjuicios son indemnizables

sin atender porcentajes de pérdida de oportunidad, en el segundo caso la indemnización se efectúa de acuerdo con el porcentaje de las oportunidades restadas.

Referencias

Ángel, N. (2015). Responsabilidad del estado por el conflicto armado ¿imputación o causalidad? Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/10632/BI%2069%20Jurisprudencia%20web.pdf?sequence=1>

Aramburo, M. (2008). Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: Apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI. Revista Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas, 38(108). Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151413541002>

AREDOC. (2012). Quelques aspects de la perte de chance en responsabilité médicale. Paris: Association Pour L'étude De La Réparation Du Dommage Corporel. Recuperado de <http://www.aredoc.com/index.php/publication/quelques-aspects-de-la-perte-de-chance-en-responsabilite-medicale/>

Asensi, E., & Luna, I. (2014). La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica. Revista CESCO de Derecho de consumo, (8), 228-239. Recuperado de <https://ruiderae.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/416>

Berrocal, A. I. (2011). A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado. Revista de la Escuela de Medicina Legal, (16), 23-42. Recuperado de <http://revistas.ucm.es/index.php/REML/article/viewFile/REML1111130023A/22831>

Herrera, M. F. (2016). Responsabilidad patrimonial del estado frente a los daños causados en el procedimiento gineco – obstétrico. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/13739>

Irisarri, C. (2000). El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano (Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>

Flórez, G. (2016). Reseña: La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de información y comunicación (TIC). *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*, 10(2), 119-124. Recuperado de https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1324

Gil Botero, E. (2017). Responsabilidad extracontractual del Estado (7th ed.). Bogotá: Temis.

Gómez, L. F. (2011). La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. U. Externado de Colombia.

Guarín, E., & Rojas, A. (2017). La medida de la solidaridad: Responsabilidad del Estado y derecho de los asociados (1st ed.). Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

Jiménez, W.G. y Soler, I. (2012). Causas de ineficacia de la Acción de Repetición en Colombia y sus posibles correctivos. *Revista Diálogos de Saberes*. 36(1). Recuperado de <http://www.unilibre.edu.co/dialogos/admin/upload/uploads/Art%C3%ADculo%203%20Jimenez.pdf>

Munar, A. P. (2017). Responsabilidad del Estado colombiano por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/15375>

Nader, R. (2016). Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia. *Advocatus*, (especial No. 15: 55 - 71), 56. Recuperado de <http://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/revistas2/index.php/advocatus/article/download/51/45+&cd=3&hl=en&ct=clnk&gl=co>

Patiño, H. (2008). Responsabilidades extracontractuales y causales de exoneración Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. *Revista De Derecho Privado*, 14(1). Recuperado de <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/555/525/>

Rojas, S., & Mojica, J. (2014). De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. *Vniversitas*, (129), 187. Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/11949/9784>

Ruiz, W. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes* (3a. ed.). Bogotá: Ecoe Ediciones.

Tapia, M. (2003). Responsabilidad Civil Médica: Riesgo Terapéutico, Perjuicio de Nacer y Otros Problemas Actuales. *Revista de derecho (Valdivia)*, 15, 75-111. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502003000200004>

Tobón, V. G. (2018). “Pérdida de Oportunidad” en la responsabilidad médica Estatal, entre el vaivén de la certeza y la incertidumbre. *Pluriverso*, (9), 129. Recuperado de <http://publicaciones.unaula.edu.co/cgi-sys/suspendedpage.cgi>

Yerga, A. L. (2005). Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico- sanitaria. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 1. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1160028>

Yong, S., & Rodríguez, C. (2011). Perdida de oportunidad. *Vía Inveniendi Et Iudicandi*, 6(2), 57-78. Recuperado de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2913>

Woolcott, O., Vivas, T., & Garzón, T. (2017). *El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión de VIH. Realidad y respuestas del derecho para la protección del paciente* (1st ed.). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-333 de agosto 1. M.P Alejandro Martínez Caballero.

Consejo de Estado (1947). Sentencia del 29 de julio de 1947, actor: El Siglo S.A., C.P. Gustavo A. Balvuela.

Consejo de Estado, Sección Tercera (1999). Sentencia Exp. 10.755 del 19 de abril de 1999. C.P Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sección Tercera (2008). Sentencia Exp. 17.001 de octubre 1. C.P Miriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A (2011). Sentencia Exp. 18. 965 de marzo 5. C.P Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B (2015). Sentencia Exp. 34921 de enero 26 de enero. C.P (E) Gladys Agudelo Ordóñez.

Consejo de Estado (2017) Sentencia Expediente 25.706 de abril 15. C. P. Ramiro Pazos Guerrero.

Tribunal Supremo de España. Sala 1ª (2008). RJ 1998/8371. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>